



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 / 2 0 0 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de enero de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deportes en relación con la *revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal, de 5 de septiembre de 2003, por la que se declaró a G.G.G. en la situación administrativa de servicios especiales retribuidos (EXP. 266/2004 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deportes, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal de dicho Departamento, de 5 de septiembre de 2003, por la que se declaró a G.G.G. en la situación administrativa de servicios especiales retribuidos.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero para solicitar el Dictamen, su preceptividad y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de su Ley reguladora, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC. Este último precepto le confiere al Dictamen carácter habilitante si fuere favorable, u obstativo, si desfavorable, de la declaración de nulidad.

3. El procedimiento se inició de oficio el 28 de octubre de 2004, fecha de la Orden departamental que lo acordó. Por consiguiente, conforme al art. 102.5 LRJAP-

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

PAC, la Resolución debe dictarse antes del 28 de enero de 2005 si se quiere evitar la caducidad del procedimiento.

4. El 2 de noviembre de 2004, la Jefa de Servicio de Régimen Jurídico e Interior de la Dirección de Personal de la citada Consejería notificó la Orden del 28 de octubre de 2004 y dió trámite de audiencia al interesado y copias de los documentos obrantes en el expediente. Esta notificación fue realizada en el domicilio del interesado por medio de certificado con acuse de recibo del Servicio de correos a una persona que se encontraba allí, de la cual se hizo constar en el aviso de recibo su identidad, "A.R.M.", pero no el número de su Documento Nacional de Identidad (art. 59.2, párrafo segundo, LRJAP-PAC y art. 41.2 y 3 del Reglamento de Prestación de Servicios Postales, RPSP, aprobado por el Real Decreto 1.829/1999, de 3 de diciembre). Consta también en el aviso de recibo la fecha en que se practicó la notificación (arts. 59.1 LRJAP-PAC y 41.3 RPSP), la indicación comunicación Revisión de Oficio y el número del expediente (art. 40 RPSP) y la firma del empleado del Servicio postal, pero no su número de identificación (art. 41.3 RPSP). En el expediente figura el original de la notificación remitida que cumple con los requisitos de fecha, identidad y contenido del acto notificado (art. 59.1 LRJAP-PAC). En el aviso de recibo no se hace contar el parentesco o la razón de permanencia en el mismo de la persona distinta del interesado que recibe la notificación, pero éste era un requisito impuesto por el art. 80.2 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, que no exige el párrafo segundo del art. 59.2 LRJAP-PAC (STS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2002, Fundamento de Derecho III, RJ 2002/8077).

Las únicas irregularidades que presenta la notificación son, pues, que en el aviso de recibo no figura el número del Documento Nacional de Identidad de la persona que recibió la notificación en el domicilio del interesado ni el número del empleado del Servicio de Correos que lo entregó; pero estas omisiones no generan ninguna duda sobre la realidad de la recepción en fecha cierta en el domicilio del interesado de la notificación por una persona cuya identidad consta plenamente y, por consiguiente, no puede predicarse que esas omisiones numéricas invaliden la notificación y, por ende, determinen la indefensión en el interesado.

5. En el expediente no obra un documento que formalmente se presente como una Propuesta de Resolución, sino un informe de la Dirección General de Personal de la Consejería de Educación Cultura y Deportes, firmado por la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico e Interior, que reúne los requisitos de una Propuesta de Resolución,

porque recoge los antecedentes de hecho que resultan del expediente y expresa los fundamentos de Derecho con los preceptos y razonamientos jurídicos que justifican la conclusión de proceder a la declaración de nulidad de pleno Derecho y consiguiente revisión de oficio del acto administrativo examinado.

El informe del Servicio Jurídico ya señaló esta deficiencia; sin embargo el Instructor no ha procedido a formular una Propuesta de Resolución conteniendo una parte dispositiva en que se declare expresamente la nulidad y revocación del acto examinado y que finalice señalando los recursos que proceden contra la Resolución definitiva. Al respecto, hay que recordar que al titular del Departamento le corresponde resolver los procedimientos de revisión de oficio [art. 29.1.g) LRJAP-PAC]; de ahí que esta Resolución agote la vía administrativa [art. 109.c) LRJAP-PAC] y contra ella sólo quepa el recurso potestativo de reposición ante el referido órgano, a interponer en el plazo de un mes desde su notificación; o el recurso contencioso-administrativo, a interponer en el plazo de dos meses desde su notificación, ante la Sala en Santa Cruz de Tenerife de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias; y que si se interpusiere el recurso de reposición no se podrá interponer el recurso contencioso administrativo hasta que se resuelva expresamente el primero o se produzca su desestimación presunta, sin perjuicio de que el interesado pueda interponer cualquier otro que estimare oportuno.

Por último, se debe recordar que la Propuesta de Resolución debe ser formulada por el Director General de Personal de la Consejería y no por el Jefe de Servicio de Régimen Jurídico e Interior, según dispone el art. 19.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración autonómica.

II

Los antecedentes de hecho, tal como resultan del expediente y tal como recoge el informe que materialmente es una Propuesta de Resolución, son los siguientes:

G.G.G., funcionario docente con destino en el Centro Escolar Alfonso X el Sabio, se presentó como candidato a Concejal del Ayuntamiento de Güímar en las pasadas elecciones municipales de 25 de mayo de 2003, encabezando la lista electoral de una candidatura que obtuvo el 33% de los votos emitidos, por lo que adquirió la condición de Concejal y fue nombrado, además, portavoz de su grupo político de Concejales.

El Municipio de Güímar, como está acreditado en el expediente, tiene un censo de 16.363 habitantes.

G.G.G., al amparo de los arts. 37.c) y 42 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria (LFPC), solicitó su pase a la situación de servicios especiales, con derecho a seguir percibiendo sus haberes de la Administración autonómica. La Dirección General de Personal de la citada Consejería accedió a esta petición, mediante Resolución de 5 de septiembre de 2003.

El 9 de octubre de 2003, a petición de dicha Dirección General, el Ayuntamiento de Güímar le remite certificación de la cifra de población municipal. A la vista de esta certificación, el día siguiente, 10 de octubre de 2003, el Director General de Personal, con base en el art. 105.2 LRJAP-PAC, revocó su anterior Resolución de 5 de septiembre de 2003.

El interesado contra ese acto revocatorio interpuso recurso contencioso administrativo, que concluyó por la Sentencia 76/2004, de 25 de marzo de 2004, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº tres de Santa Cruz de Tenerife, que consideró que el acto impugnado no consistía en la rectificación de un error material por lo que no era conforme al art. 105.2 LRJAP-PAC y, en consecuencia, lo anuló.

Por Orden departamental de 28 de octubre de 2004, se inició el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 5 de septiembre de 2003, por estimar que adolece del vicio de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1.f) LRJAP-PAC; ya que carece del requisito para la obtención del derecho contemplado en el art. 42 LFPC consistente en que la población municipal supere los 20.000 habitantes.

III

1. Antes de entrar en el fondo del asunto se impone una consideración previa: Como se expresa en el Fundamento Jurídico III de la Sentencia 76/2004, de 25 de marzo de 2004, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, el objeto del proceso que decidió era pura y exclusivamente si la Resolución de 10 de octubre de 2003 resultaba conforme a Derecho, concretamente al art. 105.2 LRJAP-PAC, bajo cuya cobertura fue dictada, por lo que la *ratio decidendi* estribaba en si el contenido de la Resolución impugnada consistía o no en la rectificación de un error de hecho, lo cual analizó para llegar a un juicio negativo. Coherentemente con ello, la parte dispositiva de la Sentencia, que es lo que vincula

a las partes, se limita a declarar la nulidad de la Resolución impugnada y a dejarla sin efectos.

El objeto del proceso no era el enjuiciamiento de la anterior Resolución de 5 de septiembre de 2003; ni, por tanto, el fallo de la Sentencia se pronuncia sobre si es nula de pleno derecho por carecer de un requisito esencial, ni ordena a la Administración iniciar un procedimiento de revisión de oficio que concluya inevitablemente en una Resolución que declare la nulidad de la de 5 de septiembre de 2003 por concurrir dicha causa. La consideración, contenida en el Fundamento Jurídico cuarto (según la cual, para el cambio del sentido del acto declarativo de derechos de 5 de septiembre de 2003, la Administración debió acudir al procedimiento de revisión de oficio y no, como hizo, al de rectificación de errores materiales, porque ello constituye una revocación que el art. 105.1 LRJAP-PAC sólo permite respecto a los actos de gravamen o desfavorables) no constituye la *ratio decidendi* de la Sentencia ni tiene reflejo alguno, congruentemente, en su parte dispositiva.

2. La regla general en nuestro Derecho es que los actos administrativos declarativos de derechos que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico son anulables (art. 63 LRJAP-PAC), y que la Administración, concurriendo los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC, puede pretender su anulación jurisdiccional.

Únicamente si el acto declarativo de derechos incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declararlos nulos por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio.

De ahí que si a un acto de este tipo le falta alguno de los requisitos necesarios para adquirir el derecho que declara, será anulable (art. 63 LRJAP-PAC) y sólo si se trata de uno de los requisitos esenciales será nulo conforme al art. 62.1.f) LRJAP-PAC; una interpretación que considerara que cualquier requisito necesario para la adquisición de un derecho es un requisito esencial, implicaría que todo acto declarativo de derecho que incurriera en cualquier ilegalidad sería nulo de pleno derecho y, por tanto, a esos actos les serían inaplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un absurdo puesto que contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos.

3. El Consejo de Estado, en su Dictamen de 22 de diciembre de 1999, afirma que “para entender concurrente el vicio recogido en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC no basta con que el acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, pues si así se sostuviera se estaría produciendo un cierto vaciamiento de los supuestos de nulidad relativa. El Legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad a aquellos casos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, se aprecie falta grave y notoria del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto indebidamente reconoció u otorgó”. Y en otro Dictamen posterior (de 19 de abril de 2001) afirma el Consejo de Estado que “por el carácter excepcional de la nulidad, las causas previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992 deben ser objeto de una interpretación estricta, máxime si se trata de la contemplada en el apartado f) pues, en otro caso, podrían cobijarse en este supuesto determinadas infracciones del Ordenamiento jurídico que por su entidad sólo son merecedoras de la sanción de anulabilidad (...). Una interpretación flexible o extensiva de la causa de nulidad iría, además, en contra de la finalidad pretendida por el Legislador de constreñir la utilización del procedimiento de revisión de oficio, en cuanto potestad privilegiada de la Administración que excluya la heterotutela judicial, a las más graves infracciones del Ordenamiento jurídico, teniendo que acudir en los demás casos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previa declaración de lesividad del acto para el interés público”.

Por esta razón, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC deber ser interpretado restrictivamente, porque una interpretación que equiparara requisito esencial a cualquier requisito necesario se situaría en contradicción con el sistema legal que distingue entre las causas de nulidad y de anulabilidad, cuando es patente que el art. 62.1 LRJAP-PAC reserva la nulidad radical o de pleno Derecho de los actos administrativos para cuando incurran en las violaciones más graves del Ordenamiento jurídico, e incluye, por su relación con el art. 63 LRJAP-PAC, las demás ilegalidades en la categoría de la anulabilidad. La Administración, en la Propuesta de Resolución sometida a consulta argumenta a favor de la procedencia de la revisión de oficio; a ello se enfrenta la expuesta argumentación de considerar no esencial aquel requisito de población. Pues bien, la aludida doctrina del carácter restrictivo en la aplicación de la revisión de oficio debe llevarnos a aceptar esta última, más restrictiva que la primera, y suficientemente fundada. Por estas razones debe reservarse la expresión “requisitos esenciales” para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad

perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

La necesidad de aplicar una interpretación restrictiva se refuerza, en primer término, si se tiene presente que el supuesto de nulidad tipificado por el art. 62.1.f) LRJAP-PAC surgió originariamente para combatir los actos administrativos “presuntos” que carecieran de los requisitos esenciales, y además y sobre todo, por el hecho de que la nulidad de pleno derecho produce efectos *ex tunc*.

Así planteada la cuestión, forzoso resulta en este caso acoger una interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno Derecho. Por lo demás, la propia Administración, al conceder la situación de servicios especiales, implícitamente expresó la valoración como esencial o no de unos y otros requisitos, al no solicitar previamente información al Ayuntamiento acerca de la población del Municipio, y fijarse sólo en la concurrencia de los requisitos de tratarse de funcionario y de haber sido elegido para cargo representativo local. Este proceder, que se enmendó un mes después de aprobado el acto que ahora pretende revisarse solicitando la correspondiente certificación municipal acerca de su población, evidencia que requisitos consideró esenciales y cuáles accesorios la propia Administración.

C O N C L U S I Ó N

Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer contrario a la revisión de oficio del acto administrativo que declaró en la situación de servicios especiales a G.G.G., por lo que procede emitir Dictamen desfavorable a tal pretensión de la Administración, sin perjuicio de la aplicabilidad del art. 103 LRJAP-PAC al supuesto en cuestión.